Alleg 25 43 211

12



ADDICIONES A LA INFORMACION

POR DOÑA LEONOR DE LA CERDA, viuda de Don Luys de Espinosa.

CON

Doña Aldonça de la Cerda.

I PARA MAS CLARIDAD, LO diuidiremos en dos puntos.

PVNTO PRIMERO *De legitimidad.*



Resupongo la clausula de la fundacion del mayorazgo, y digo lo primero, que ay obligacion de buscar la voluntad del testador, y conocida, que se cumpla, sopena de pecado mortal, y obligacion de restituyr, porque es contra justicia.

Lo segũdo, que ya en esta Real Audiẽcia (vt ait D. Ioannes del Castillo, *tom.* 4. *controu. cap.* 31.) se ha litigado este caso, en el mayorazgo q̃ fundó Luys Mexia, en el qual auiendo sucedido a su padre Don Francisco Mexia, ligitimado por siguiẽte matrimonio, salio cõtra el su tio, hermano segundo de su padre, y se lo quitó, no obstante auer entrado en la linea de su padre. 1. *Caso.*

En la Real Chancilleria de Granada auiendo en la mesma Ciudad vn Cauallero, posseedor del mayorazgo de los Hozes, tratado amistad con vna señora muy calificada, de la casa de los Castillas, tuuieron vn hijo, que se llamó Don Diego de Hozes, que fue del habito de Alcan- 2. *Caso*

tara, casó despues con ella, y durante su matrimonio, tuuieron otro hijo, llamado don Gonçalo de Hozes: murio el padre, y sucediole don Diego, que era ligitimado por siguiente matrimonio, sin contradezirle don Gonçalo mientras viuio su madre, por no traer por los Tribunales la macula de auer parido antes de casarse: pero en muriendo su madre, le puso pleyto al hermano, y por esta clausula le quitó el mayorazgo, que oy possee su hija doña Maria de Castilla. Y si en este caso auiēdo este cauallero casado en salud, y viuiendo mucho tiempo casado, y cō señora calificadissima, se juzgò por el verdadero legitimo. En nuestro caso, que segun la fee de casamiento, por ellos presentada, estaua tā cercano a la muerte, que no dio lugar a que los amonestassen: Y el sexto testigo, presentado por ellos en la informacion de su casamiēto, llamado don Christoual del Barrio, dize se halló presente a la muerte de don Aluaro, y que le dauan a doña Iuana el pesame de la muerte, y el plazeme de auerse casado con ella, porq̄ todo fue a vn tiempo, y seria muy possible fuesse sin el juyzio, y voluntad necessaria para contraer matrimonio; pues el comunmēte dezia, le tuuieran por loco si con ella le viessen casado: y q̄ por ventura las lagrimas, persuasiones, y molestias della, y los circūstantes le harian dezir con la boca lo q̄ no tenia en el coraçon, o no sabria lo que dezia; que ya en esta ciudad à sucedido llamar a vn escriuano para hazer testamēto, y para certificarse del juyzio del enfermo, preguntarle si queria mādar dos mil ducados al Turco, y dixo que si, y si al Sofi otros dos mil, y dixo que si. Y assi en nuestro caso pudo ser, sin el pleno volūtario, q̄ se requiere, pues ad matrimoniū requiritur liberū vsum rationis, & volūtatis; y assi no solo es possible, pero muy cōtingente, q̄ ni fuesse matrimonio, ni ella oy estè legitimada, y a esta tal no es justo preferirla a la verdadera legitima.

3. *Casus.* En la mesma Real Chancilleria de Granada, don Pedro de Fonseca natural de la ciudad de Badajoz, excluyó a su hermano mayor dō Iuā, legitimado por siguiente matrimonio.

4. *Caso.* En la Real Chancilleria de Valladolid, auiendo el Conde de Ampurias tenido tres hijos en vna labradora, se casò con ella en la enfermēdad de que murió, con que quedaron legitimados; murio el Conde, y sucedieron sus hijos, y auiendo posseydo muchos dias, salio el Duque de Lerma, y por esta clausula les quitò el mayorazgo.

5. *Caso.* Antonio Tesauro en la *decission* 196. refiere, que assi se juzgò in Senatu Pedemōtano; y dize, q̄ por aquellas palabras auido, y procreado de legitimo matrimonio, el testador solo quiso admitir a el q̄ sine macula peccati mortalis procreatur, quod nō est in talibus, qui in peccato mortali cōcepti sunt, & aliquādo de matre indigna qualis est in nostro casu:

Pere-

Peregrino *art. 24. de fideicom.* refiere, que en la ciudad de Padua fue excluydo Alexandro, legitimado, y admitido Herculano legitimo. *6. Caso.*

Alexandro refiere auerse sentenciado varias vezes en fauor del verdaderamente legitimo en el supremo Consejo de Milan. *7. Caso.*

Y viniendo a las razones, que es a lo que atienden los doctos. Lo primero, que advierto con el señor dõ Iuan del Castillo, vbi suprà, que los Doctores q̃ tienen la contraria sentencia, no la disputan, sino solo se dexan lleuar del *cap. tanta qui filij*, que si ponderassen las razones, era fuerça mudar de opinion, pues esta es la fuerça de la verdad conuẽcer los entendimientos; y assi los mesmos Addicionadores de Molina cõfiessan desta opinion, que non subsistit viribus, y opinion que no tiene ser subsistente en su propria verdad, y razon no es opinion, sino error.

Y la primera razon con que se prueua nuestra verdad es, que todas las vezes que el llamamiento se haze con duplicacion, o geminacion de palabras, es visto ser llamados los verdaderamẽte legitimos, y excluydos los legitimados, porque no se halla en ellos la calidad de auidos, y procreado *l. non ignorans, c. qui accus. non po.* ita sentiunt multi cũ D. Ioanne del Castillo; porque aquella manera de hablar llama a los mas perfectos, o mayores en aquel genero. Y es esto tanta verdad, y tan infalible, q̃ el Verbo diuino hecho hombre, que era la Sabiduria de su eterno Padre, queriendo significar, q̃ las penas del infierno eran las mayores en su genero, desta manera de hablar se aprouechò por S. Lucas, cap. 24. diziendo: *Vè vobis qui habetis consolationes, quia lugebitis, & flebitis.* Ay de vosotros los q̃ teneys en este mundo vuestros deleytes, y contentos, porque llorareys, y llorareys, por dos palabras, que entrãbas significan llorar; porque la repeticion lleua a lo mayor, o mas perfecto. Y el Propheta Dauid, cuyas palabras fueron dictadas del Espiritu Santo, en el Psalmo 39. dize: *Expectans expectaui Dominum, & intẽdit mihi.* Esperando esperè en el Señor, y oyome, y concediome lo q̃ le suplicaua. Parece q̃ le pudieramos dezir, que manera es de hablar essa Santo Propheta, esperando esperé? no bastaua dezir, esperando en el Señor, o esperè en el, y oyome, y acudio a mi peticion? Y fue enseñarnos la grandeza, y perfeccion de su esperança, que fue dezir, esperè cõ vna esperança tan firme, q̃ en ella no tuue imginacion de duda; y esso significa aquella repeticion, q̃ en la sagrada Escriptura, ni los apizes carecen de misterio, como al fin palabras del mesmo Dios: y como las leyes van buscando la verdad, la desta ley non ignorans, es tan grande, que tiene su fundamento en el mesmo Dios. Pues dezir, que el legitimado por siguiente matrimonio, es mas perfecto que el que nace de padres casados, ya se vè lo que es, pues ni nacen con aquel esplendor,

ni

ni son admitidos a la excelsa dignidad de Cardenales, y por consiguie̅te a la de Sumos Pontifices, por Sixto V. año 1590.

2. *Ratio.* La segu̅da razon es, porq̃ todas las vezes, q̃ las palabras se puede̅ ente̅der en sentido natural, y comun, o en sentido ciuil, o otro, antes se à de entender en sentido natural q̃ en otro. *l. fin. C. de his qui se. l. 4. §. totius, ff. de natu. l. hoc accusationib. ff. de accus. l. non aliter, ff. de legib. l. qui habet. ff. de tute. l. ex part. §. insul. ff. de verb. obligat. l. 3. §. hæc verba, ff. de negot. l. fin. C. de nat.* y en particular, y principalmente las del testador, *ipsa l. 3. §. hæc verba, ff. de negot. l. non aliter, de legibus*: y assi si llama Sacerdote, o Doctor, lo à de ser realmente, y no por ficcion del derecho, *l. vnica, C. de his qui ven. C. statutum de restitu. lib. 6.* y esta voluntad se à de cu̅plir en forma especifica, y no por equipolentes. *l. qui hæred. in principio. l. qui naui. ff. de condit. & demost. l. 5. §. fin. l. inescu. penult. ff. de verbor. oblig.* Y no solo en el derecho ciuil, pero en todo es tanta verdad, q̃ es regla en la sagrada Escriptura, y se àn de entender naturalmente, como no se siga notable absurdo, tanto q̃ con ser S. Augustin la luz de los Doctores, porque en la obra de los seys dias, en que Dios criò todas las cosas, porque no los entendio naturales, no le sigue nadie.

3. *Ratio.* La tercera razon, porq̃ estas preposiciones *ex, y de*, lleua̅ a causa proxima, y inmediata. *l. 1. §. emanc. ff. de coniug. cum emanc. liber. l. eo tempore, in fine, ff. de præu. l. non dub. C. de legib.* y en la legitimidad no es la concubina, o manceba causa proxima, sino la que es verè, & realiter vxor.

Y finalmente se vè clara la voluntad del testador en la vltima clausula del testamento, do̅de dize: *Item quiero, y es mi voluntad, que vos el dicho mi hijo, y todos los sucessores en este dicho vinculo, seays, y sean gratos y obedientes a sus padres, pues Dios assi lo quiere, y no se puedan casar, ni casen sin licencia, y espresso consentimiento del padre, o abuelo, que entonces tuuiere, e a falta de padre, o abuelo varon, sea con licencia del deudo varon mas cercano, q̃ entonces tuuiere, los quales le den la tal licencia, para q̃ mas a seruicio de Dios, y prouecho suyo tome el tal estado: y si sucediere no tener deudo varon, quiero q̃ pida la dicha licencia al Corregidor, o juez de residencia del lugar donde viuiere, y si de otra manera se casare, o vos el dicho mi hijo, o otros algunos de los sucessores en este dicho vinculo cometieredes co̅tra mi, o contra sus padres qualquiera de las causas de ingratitud, o inobediencia, que el derecho dispone, y si vos os casaredes sin mi licencia, y espresso consentimiento, co̅tra el tenor, y segun lo que dicho es, en tal caso perdais, y pierdan los dichos bienes, &c.*

Donde claro se colije dos cosas. La primera, q̃ el q̃ quiere q̃ sus descendientes sean tan obedientes, y sieruos de Dios, no auia de llamar a vna procedida de vna mancebamiento tan largo, y escandaloso, q̃ du-

rō diez,o doze años. La otra,lo q̃ estimaua sus descendientes varones, pues a falta dellos no llama a madre,ni abuelo, ni tia, sino al Corregidor,o juez de residécia para pedir la tal licencia,donde se vé claro auer hecho dos llamamientos,vno de varones,aunq̃ fuessen transversales,y a falta dellos a las hembras, dóde no auia de preferir a la viznieta,y cõ tales faltas a su misma nieta sin ellas,pues ellas dieron principio a su linea,como queda aduertido.

Esto supuesto,arguméto ansi, la volũtad del testador se à de cũplir, la volũtad del testador llama a D. Leonor cõ llamamiẽto expresso,luego a ella se le đue,maior patet,minoré probo,la volũtad es,q̃ sea auida y procreada, es lo solo D. Leonor, ergo a ella sola llama, maior patet, probo minoré auida, y procreada mira al tiẽpo del nacimiento; quia qualitas adiũcta verbo debet intelligi secũdũ tẽpus ipsius verbi. *l. in delictis, §. si extraneus, ff. de negot. act. l. totius, ff. de mi. test. l. ex part. §. penult. ff. ad Trebel. l. 2. & 3. de auri. & quia qualitas aliquo tempore desiderata si illo trãsacto perueniat nihil prodest. l. obliga. §. tutor. ff. de autoritate tutorũ.*

Pero diran, q̃ el derecho los haze tan legitimos a los legitimados, como a los legitimos, qui tanta est vis matrimonij, vt filij, qui antea nati sunt, vt postea nati habeantur.

Contra esto es,que como notò el señor D. Iuan del Castillo, *tom. 4. c. 31.* este es preuilegio,porq̃ lo que no es essencial,y prouiene cõ la mesma naturaleza,es accidente, y preuilegio, y esso denota aquella palabra, *habeãtur*, sean tenidos, gozen, no dixo, *sint*, que es verbo sustantiuo,y essencial,sino *habeãtur*; y el preuilegio nunca es tan bueno como lo natural, ni puede dañar al sostituto. *l. Gallus, §. & quid si, ff. de liber, & posth. l. si ita stipu. §. grisg. ff. de verb. oblig. §. licet in auth quibus modis.* Y es de manera, que Martino V. abilitò a los Freyles militares, para obtener Capellanias, q̃ por derecho, como Religiosos, no las puede obtener, y en saliendo a oponerse pariente, aunque sea mucho mas apartado se la lleua.

Pero demosle q̃ sean tan perfectos (q̃ no lo son, pues ni nacen con aquel esplendor, ni pueden ser Cardenales) no son nacidos con la cõdicion que quiere el testador, q̃ los hijos segundos, y terceros tan legitimos son como el mayor, y son los mayores llamados, y essotros no, porque es la voluntad del testador. Y quãdo vn seglar, que no sabe de derechos, dize auidos, y procreados, al tiempo del nacimiento mira: y entonces como dixo la ley de la Partida, no son legitimos: *Maguer, q̃ quando los tales nacen no son legitimos.*

Y no obsta dezir, que solo a el hijo del primer llamado le fue impuesta la condicion de auido, y procreado. Lo vno, porque la calidad

de

de legitimidad,ó varonia, puesta en los primeros, es visto ser repetida en todos los siguientes; porque la repeticion es necessaria, quando toda la oració se rige de vn verbo, qual es, *E sucedais*, que es donde todos los llamamientos se rigé; y esto comprueua aquella copulatiua, *E sucedais*, que importa el mesmo tiempo, sustancia, e concurrencia, q̃ quãdo sola aquella viniera, era forçosa la repeticion: y assi lo cófiessan comunmente los Doctores. *l. auia.* ff. *de cond. & demost. Molina de primog. c. 5. nu. 56. &* 58. *& seqq.* vbi dicit: *Quando qualitas est apposita in vna oratione, & regitur ab eodem verbo, semper in vtroque cassu repetita censenda erit*: y assi declara la doctrina de Barthulo *l. fin.* ff. *ad Trebel.* & tenent omnes DD. cum domino Ioanne del Castillo, *tom. 2. controuer. lib. 2. c. 4. n. 36.* vbi dicit: *Qualitas masculinitatis, & legitimitatis, aut aliã similem positam in prima dispositione repetita censenda erit in secunda, & posterioribus.* Y esto es para mayor abundancia, que en nuestro caso se declarò el testador en la mesma clausula algo mas abaxo, diziédo: *Y si de vos el dicho Gonçalo Suarez mi hijo legitimo no quedaren varones, ni hembras legitimos de legitimo matrimonio auidos, que conforme a lo que dicho es, sucedan en tal caso, aya Diego de Birues, &c.* Donde no solo abraça hijos, y nietos, y viznietos, pero a todos aquellos que pueden descẽdir del, por lexos, y apartados que fuessen, pues es preposicion indeterminata, que abraça a toda su posteridad, sin exceptar alguno.

PVNTO SEGVNDO.
Què es llamada Doña Leonor de la Cerda.

Y Presupuesto el hecho, y distincion de los llamamientos, vno de varones, y a falta destos las hembras, como consta de la clausula y informacion, que no ay duda.

Y aduierto, que quando las hembras estan excluydas por auer varones, ellas dan principio a vna nueua linea femenina, y no se cóprehẽden en la masculina, sino que se quẽtan como principio de la generacion, Curcius Iunior *in l. 1. n. 21. c. vndè vir, & vxor, & in l. qui se patris, nu. 77. c. vnde liberi. Alexand. cons. 53. nu. 5. volum. 6.* & optimé Paulo de Castro *in l. maritus, n. 5. c. de procur.* dóde pregunta: *Vtrûm in emphiteusis concessa alicui pro se, & liberis per lineam masculinam descendentibus succedat filia ipsius côcedentis?* y con ser hija del mesmo fundador, y descendiente por linea masculina. Responde que no, y dà la razon, porque pretende guardar la varonia mientras es possible; esta doctrina es comun de los Doctores, y assi la tiene Molina *de prim. lib. 1. cap. 6. nu. 38. ad finem*, donde dize, que solo se à de atender, si el llamamiento

fene-

fenece en el mismo descendiente varon por via de varon, que es nuestro caso: y es tanta la autoridad de Molina en materia de mayorazgos, q̃ su parecer se tiene por decision legal; y el mesmo en el num. 40. resuelve, que esta doctrina es sin disputa en los mayorazgos de España, es de Decio con otros muchos, *cons. 13. nu. 4.*

Y que quando son llamados varones, y descendientes de varones por linea derecha masculina, como es en nuestro primero llamamiẽto, la hija de varon es excluyda; elegantemente lo resuelve Stephanus Gratianus, *tom. 5. forentium, cap. 901. nu.* 21. 22. y 23. alegando todos los Autores que àn tratado este punto, tienela Pereg. *de fideicom. art. 22. nu. 28. Imola cons. 69. nu. 2. Paul. de Cast. cons. 300. versic. dicunt etiam. Vicẽtio Fusario, de substitutione fideicommissaria, q. 346. à nu* 12. donde alega innumerables Autores, y resuelve, que *quando vocantur descendentes per lineam masculinam fæminæ etiam descendentes ex masculis censentur exclusæ*; son deste parecer Paulus *in l. si maritus, nu. 5. C. de procuratoribus, Ruinus cons. 98. lib. 1. Celso cons. 120. nu. 4. Socinus Iunior, Geronimo Gabriel, & alij relati à Menochio cons. 205. nu. 19.* que todos dizen, que en esto se diferencian las lineas, masculina, y femenina, que no se contiene la vna en la otra, como tambien lo prueua Peregrino *de fideicom. art. 26. num. 28. Alexand. cons. 43. num. 6. lib. 3. Beroio cons. 77. nu. 19. lib. 2. Geronimo Gabriel, cons. 90. nu. 32. lib. 2. Celsus cons. 413. nu. 18. Menochius cons. 379 nu. 26. Curcio Iunior cons. 114. nu. 12.* Peregrino, Socino, que todos vnanimes, y concordes tienen por certissimo, que en el llamamiẽto de varones no contiene la hembra hija de varon: y assi segun aquel primer llamamiento las dos estan excluydas, y se à de venir forçoso al segundo llamamiento.

Y la razon es, porque fæmina est finis lineæ patris & principium alterius lineæ, vt rectè notat Menochius *cons. 326. nu. 86. Paulo de Castro in dict. l. si maritus, nu. 5. C. de procuratoribus, Alexand. in l. Gallus. §. nunc de legi. num. 3. ff. de liber. & posth.* y la palabra, *varonia,* significat eam partem arboris, in qua totus arbor sustentatur, & ideó nõ veniunt fæminæ, quæ sunt veluti palmites, & frondes ipsius arboris.

De todo esto se infiere, que el primero llamamiento ha passado totalmente, y estamos en el segundo de las hembras, adonde doña Leonor de la Cerda deue ser preferida, como nieta verdadera del fundador, hija legitima, auida, y procreada de legitimo matrimonio del primero llamado, y hermana del vltimo posseedor, q̃ todo falta a D. Aldõça, pues es viznieta del fundador, nieta del primer llamado, legitimada a la hora de la muerte; sobre esto se vea a Faxardo, *de legitimatione â n. 264. & præcipuè n. 334.* y D. Aldõça es sobrina d̄l vltimo posseedor:

y quan-

y quando por repreſentar a ſu padre le yguale en grado, q̃ es priuilegio, no le puede igualar en edad, ni excederle en ſexo, pues ambas ſon mugeres.

Repareſſe agora ſi el teſtador fuera viuo, a qual eſcogiera, a ſu viznieta, procedida, como queda dicho. O a ſu nieta Doña Leonor, caſada principalmente, y con hijos nobles, no es claro que auia de ſer admitida Doña Leonor, con excluſion de ſu ſobrina? Salva in omnibus V.D.C.